مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شمارهٔ پیاپی ۸۵/۱،
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص۱۵۷-۱۳۵

اصل آزادی قراردادی: قرار دادها و شروط غیر عادلانه*

دکتر جلیل قنواتی
استادیار دانشگاه تهران، پردیس قم
Email: j-ghanavati@yahoo.com

چکیده

اصل عدالت از اصول اساسی حقوق اسلامی به ویژه در زمینه‌های حقوق قراردادها است. سیستم های حقوقی مختلف نیز از این اصل در موارد متعددی به تأسیس و تجدید احکام حقوقی مبادرت می ورزند. در واقع در این نظامهای حقوقی عدالت ماهوی و شکلی با تخصیص اصل آزادی قراردادی از بی عدالتی و رویه های غیر منصفانه و ظالمانه جلوگیری می‌نماید. در این مقاله تلاش می شود برخی سیستمهای حقوقی، قانون متحدالشکل تجاری آمریکا(U.C.C) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی را (PECI) ملاحظه و با حقوق اسلام مقایسه نماییم.

بر این باور هستیم که در فقه اسلامی فقیهان دست کم در برخی از استنباطات خود اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته اند. با وجود این، از موازین و مبانی فقهی به روشنی نمی توان استنباط نمود که اصل عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر تمام احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قراردادها مورد توجه بوده است.

همچنین خواهیم گفت در نظام حقوقی کامن لو از جمله قانون متحدالشکل تجاری آمریکا اصل آزادی قراردادی به عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادها پذیرفته شده است و تنها در صورت تحقق بی عدالتی ماهوی و شکلی این اصل کلی تخصیص پیدا می کند.

کلیدواژه‌ها: عدالت قراردادی(معاوضی)، آزادی قراردادی، شروط عادلانه.

* . تاریخ وصول:۱۳۸۷/۰۷/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۸۸/۰۸/۰۳.

الف) مقدمه

اصل حاکمیت و اراده پای‌بندی به مفاد و شروط قراردادهای خصوصی از اصول مورد اتفـاق دربیشـتر نظـام های حقوقی است. نهایت این که بر پایهٔ رعایت اخلاق حسنه و رفتار منصفانه ونظم عمومی و دیگر مصالح جامعه، قراردادهای ناشی از اکراه، تدلیس، تقلب، غبن، ربا و مانند آن‌ها الزام آور تلقـی نشـده انـد. در برخـی نظـام‌هـای حقوقی، ناعادلانه بودن و یک طرفه بودن قرارداد یا شرط و شروطی از آن در زمان انعقاد، به دادگاه اختیار می‌دهد از تنفیذ قرارداد خودداری کند یا با تنفیذ آن، شرط یا شروط ناعادلانهٔ آن را بلااثر کند.. در این مقالـه بـه مطالعـهٔ تطبیقی برخی نظام‌های حقوقی، قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (U.C.C)واصول حقوقی قرار دادهـای اروپـایی (PECl) با حقوق اسلام پرداخته شده است. مطالعه با این هدف انجام شـده اسـت کـه موقعیـت اصـل عـدالت در قراردادها را در نظام های حقوقی بررسی و مشخص کنیم رعایت یا عدم رعایت این اصل چـه تـأثیری در ایجـاد قواعد حقوقی دارد.

ب)موقعیت اصل عدالت قراردادی در نظام های حقوقی

حقوق رومی کلاسیک منصفانه بودن و عادلانه بودن قیمت در قراردادها را الزامی نمی‌دانست، به گونه‌ای که یک طرف قرارداد می‌توانست کالایی را با قیمت کمتر بخرد یا با قیمت بیشتر بفروشد. به تدریج موضوع غیر منصفانه بودن قرارداد مورد توجه یونانیان و رومیان واقع گردید. منظور از قیمت عادلانه قیمتی بود که در قبال آن کالاها به طور عادی و متعارف در بازار به فروش می‌رفت. این قیمت از زمانی به زمانی و از منطقه‌ای به منطقه‌ای متفاوت بود. (زیمرمن، حقوق تعهدات : *مبانی رومی سنت مدنی*، ص ۲۵۹ به بعد).

مقرره‌ای در مورد بیع زمین در کد ژوستینین وجود داشت که اگر فروشنده زمینی را به کمتر از نصف قیمت واقعی زمین بفروشد برای او حق فسخ ایجاد می‌شود ولی خریدار می‌تواند با دادن قیمت واقعی فسخ را کان لم یکن کند. حقوق دانان قرون وسطی این نظریه را توسعه دادند به گونه‌ای که علاوه بر زمین سایر اموال منقول را در برگیرد و نیز در مورد فروشنده و خریدار اعمال شود. نظریهٔ " Leasio enormis" با مقررات مربوط به فعالیت های اقتصادی در مفاهیم مذهبی و اخلاقی (ربا و قیمت عادلانه) همگام شد. مفاهیمی که چهره غالب حیات قرون وسطی در انگلستان و اروپای بری بود (آتیا، *صعود و افول اصل آزادی قراردادها*، ص ۶۲ به بعد).

نظریه پردازان حقوق طبیعی نیز این دیدگاه را پذیرفته بودند. گروسیوس معتقد بود درخود معاوضه و موضوع اصلی قرارداد باید تعادل وجود داشته باشد، اگر چه او خود معتقد بود پذیرش دعاوی مبتنی بر عدم تعادل پس از قرارداد منجربه منازعات بی شماری می‌شود که تصمیم گیری در مورد آنها مشکل است(گروسیوس، *حقوق جنگ و صلح*، ج۲، ص ۳۴۸).

پوتیه نیز می‌گوید : "اگر قرارداد تعادل نداشته باشد وقتی از نظر انصاف معیوب است که وجدان را تحت تأثیر قرار دهد. در عین حال اگرغبن(Lesion) فاحش نباشد اعتبار قرارداد را نباید مخدوش دانست؛ در غیر این صورت اصل آزادی قرارداد و اصل ثبات و استواری معاملات تضعیف می‌شود". با وجود این، او به فروش با قیمت عادلانه اشاره کرده و می‌گوید:" ماهیت قرارداد اقتضا می‌کند که هر یک از طرفین معادل آنچه منتقل کرده به دست آورد"(پوتیة، رساله قرارداد بیع، بخش ۲ فصل ۷، ص ۲۵۱ به بعد).

بنابر آنچه گفته شد عادلانه بودن قرارداد به عنوان شرط نفوذ حقوقی آن در حقوق روم سابقه داشته و مفهوم فاحش Laesio enormis فسخ عقد را در صورت غبن فاحش توجیه می‌کرد. در واقع این تنها استثنا بر اصل کلی و مقدس آزادی قراردادها در حقوق روم دانسته شده است (مدرسی حسین، «جلوگیری از سوء استفاده احد متعاملین از اضطرار طرف دیگر»، *نامة فرهنگ*، شمارة اول).

در قرن شانزدهم بر اساس اندیشه های ارسطو و آکویناس، تئوری عدالت معاوضی از توزیع ثروت در میان شهروندان حمایت می‌کرد. ارسطو ادعا می‌کند که عدالت معاوضی قرار دادهایی مثل بیع، خرید، قرض، رهن، عاریه را شامل می‌شود (ارسطو، *اخلاق*، ج۵، ص۱۱۳۱). اما او نمی‌گوید چگونه این معاملات بر اساس اصول منطقی متمایز می‌شوند. همچنین نمی‌گوید که هر معامله‌ای حاوی مجموعه‌ای از شروط است که از تعریف یا ماهیت آن ناشی می‌شود. آکویناس چنین کاری را کرده است. او در بحث از عدالت معاوضی دسته بندی زیر را ارائه کرده است: معاوضة ارادی زمانی واقع می‌شود که شخصی بطور ارادی مالش را به دیگری منتقل کند. اگر انتقال او به گونه‌ای باشد که دریافت کننده، تعهد و دینی نداشته باشد مثل مورد هبه، این عملی است که ربطی به عدالت ندارد و ناشی از آزادی است. انتقال ارادی وقتی مربوط به عدالت است که متضمن مفهوم تعهد باشد و این امر به سه شیوه حاصل می‌شود(جیمز گوردلی، *مبانی فلسفی نظریة قراردادی جدید*، ص ۱۶ به بعد). :

(۱) شخص در مقابل مالی که دریافت می‌دارد مالش را به او منتقل کند، مثل مورد بیع و شراء.

(۲) شخص مالش را به دیگری منتقل کند به طوری که منتقل الیه از آن استفاده نماید با این تعهد که آن را به مالک بر گرداند. اگر این کار مجانی باشد در اموالی که ثمره دارند انتفاع می‌گویند و در اموالی که ثمره ندارند مثل پول و مانند آن قرض برای مصرف و قرض برای استفاده می‌گویند. اگر با وجود این استفاده مجانی نباشد معامله اجاره است.

(۳) شخص مالش را به دیگری منتقل کند تا دوباره پس بگیرد.این اقدام یا برای حفاظت از مال است (ودیعه) یا بخاطر تعهدی که به وجود می‌آید، مانند این‌که شخص مالش را به رهن می‌گذارد یا وثیقة کسی می‌کند.

در فلسفه ارسطو و آکویناس ماهیت یک عمل با توجه هدفش تعریف می‌شود.به همین جهت انواع مختلف قرارداد نیز با توجه به هدفشان تعریف می‌شوند. با وجود این، هدف برخی از قراردادها چیزی بیش از آن است که

در ذهن طرفین جریان دارد. به اعتقاد اینان بخش‌ها و اجزای مختلف قرارداد با توجه به هدف قرارداد معنا می‌شود. برای رسیدن به این هدف برخی شروط مناسب و برخی نامناسبند. آکویناس قرار دادها را به این دلیل تعریف می‌کند که تنها پس از تعریف قرارداد است که شخص می‌تواند تصمیم بگیرد شرطی عادلانه است یا نا عادلانه.

شروط مناسب و عادلانه طبیعی هستند به این معنا که به دلیل ماهیت یا طبیعت قرارداد به قرارداد مربوطند. آکویناس عقد نکاح را مثال می‌زند. آنچه هدف‌های نکاح را پیش می‌برد طبیعی است.بنابر این، بخشی از تعهداتی است که نکاح ایجاد می‌کند اما آنچه در مقابل این هدف‌ها است بخشی از نکاح را تشکیل نمی‌دهد(همان).

در قرن هفدهم قضات قرون وسطی این دیدگاه را مطرح کردند که اگر هیچ قیمتی توسط مقام عمومی تعیین نشده باشد قیمت عادلانه قیمتی است که با آن قیمت کالاها به شکل عادی در بازار معامله می‌شوند، این در صورتی است که امتیاز انحصاری وجود نداشته باشد.

در نیمهٔ دوم قرن هیجدهم و به طور خاص در قرن نوزدهم این اندیشه و بویژه نظریهٔ قیمت عادلانه به لیبرالیسم اقتصادی جدید مجال داد که این دیدگاه را ارائه کند که وظیفه هر شخص است که با احتیاط عمل کند و در مورد قیمت در جهت منافع خود تصمیم بگیرد.این توافق است که با فرض این‌که طرفین به آن رسیده اند و با فهم و درک مناسب منعقد ساخته‌اند، قیمت را مشخص می‌کند نه چیز دیگر(مارش، *مطالعهٔ تطبیقی حقوق قراردادها در انگلیس، فرانسه وآلمان*، ص۲۹۱).

همین دیدگاه مبنای قانون مدنی فرانسه را (با یک استثنا) تشکیل داد.این استثنا مفهوم Lesion بود که تنها درسه مورد کلی باقی ماند که فقط یک مورد از آن در مورد بیع زمین است. درماده ۱۶۷۴ ق.م فرانسه مقرر شده است :

" اگر فروشنده در بیع مال غیر منقول زیان ببیند، حق درخواست فسخ بیع را دارد ولو این که در قرارداد حق چنین فسخی را از خود سلب کرده و اعلام نموده باشد که او قیمت اضافی داده است ".

این استثنا از اصل کلی «Lesion قرارداد را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد» که در قانون مدنی آمده است به شخص ناپلئون باز می گردد که ظاهراً علاقهٔ کمتری به نظریه قیمت عادلانه یا تعادل عوضین داشته است. ناپلئون به منظور حفظ و استحکام خانواده که منجر به ثبات کشور می‌شود این اقدام را انجام داد. بیع اموال منقول دولت را نگران نمی‌کند ولی نقل و انتقال زمین دولت را دلمشغول می‌نماید. این وظیفهٔ دولت است که منافع و مصالح خانواده را در نظر بگیرد. آیا اصول عدالت مدنی اجازه می‌دهند که عمل شخص موجب شود میراث نیاکانشان فنا شود و میراث فرزندانشان در یک لحظهٔ حماقت باراز بین رود ؟ (وان مهرن و گوردلی، *نظام حقوق مدنی*، ص ۸۲۵).توجیه دیگر

این بود که قیمت زمین با ثبات تر از سایر اشیاء بوده و برای خریدار نسبت به فروشنده احتمال کمتری برای متضرر شدن وجود داشته است.

با وجود این، اکثر نویسندگان رساله های حقوقی فرانسه در قرن نوزدهم در مسأله حکم به جبران خسارت تردید داشتند. لارنت می‌گوید : از دیدگاه تجاری اشیاء باید به میزان ارزش خود برای طرفین به دلیل نیازها، سلیقه‌ها، و احساسات آنها ارزش‌های متفاوت داشته باشد. اما قضاتی که نسبت به حکم خسارت گرایش بیشتری داشته اند بدون استناد به اصل برابری و تساوی حقوق در مبادلات از آن دفاع می‌کردند. برخی نیز اعلام می‌کردند عدم تعادل در قیمت نشانه هایی از تقلب، اشتباه، اکراه و عدم رعایت اخلاق حسنه را در خود دارد. تمایل محاکم فرانسوی مبنی بر حکم به این‌که طرف مذاکرات نباید سوء استفاده کند و مفهوم گسترده‌ای که آن‌ها به تقلب می‌دهند- که شامل تعهد به دادن اطلاعات هم می‌شد – ممکن است مثال‌هایی از اعمال حسن نیت در انعقاد قرارداد تلقی گردد. شاید بتوان مسئولیت افراد حرفه‌ای در معاملات با افراد غیر حرفه‌ای را نیز مبتنی بر ملاحظات حسن نیت تلقی کرد.

هر چند مادّة ۱۱۳۴ ق.م مقرر می‌دارد که قرار دادها باید با حسن نیت اجرا شوند، رویّة عام دیوان عالی کشور در مورد تفسیر قرار دادها این است که اگر مفهوم شرطی واضح باشد باید اجرا شود و قاضی نمی‌تواند یکی از طرفین را از تعهدات صریح مبرا سازد. البته در عمل اگر محکمة فرانسوی تمایل به جلوگیری از اجرای شرط غیر منصفانه داشته باشد، می‌تواند شیوه هایی را برای انجام این امر بیابد. به نظر می‌رسد دیوان تمیز امروزه در برخی موارد اجازه می‌دهد که اجرای حقوق قرار دادی توسط یک طرف قرارداد متکی به عمل بر طبق حسن نیت باشد.

اما چیزی مانند آنچه در آلمان وجود دارد در فرانسه وجود ندارد. محاکم آلمانی خود را در اجرای مواد ۱۳۸و۱۵۷و۲۴۲ قانون مدنی آزاد می‌بینند. در حقوق آلمان اصل حسن نیت مقوله‌ای اساسی تلقی می شود. به طور کلی می‌توان گفت یک طرف قرارداد متعهد است به شیوه‌ای عمل کند که منافع مشروع طرف دیگر لحاظ شود. اعمال این اصل در آلمان منجر به پیدایش وظایف ثانوی برای طرف قرارداد شده است. مانند شرط ارائة اطلاعات در مورد استفاده و نگهداری از کالای ارائه شده و این که اصیل نباید مزاحم نماینده تجاری شود و باید او را در اجرای وظیفه اش مساعدت کند. همچنین این تعهد که نماینده نباید برای رقبای اصیل کارکند (مارش، ص۲۹۲).

هر چند نظریة رومی غبن فاحش بخشی از حقوق آلمان گردید، اما در زمان تدوین قانون مدنی متروک ماند و به عنوان مقرره‌ای خاص در قانون مدنی نیامد. قضات آلمانی قرن نوزدهم نیز جبران خسارت در برابر ناعادلانه بودن قیمت قرارداد را استثنایی بر اصل تعهدآور بودن قراردادها می‌دانستند. این قضات معمولاً جبران خسارت مذکور را نوعی استثنا مبتنی بر رعایت برابری و تساوی حقوق توجیه می‌کردند.

سرانجام در بند ۲ مادة ۱۳۲ قانون مدنی آلمان مقرر گردید :" اگر شخص از نیاز، بی‌تجربگی، فقدان تصمیم گیری جدی ارادی دیگری برای تحصیل نفعی شدید و ناعادلانه برای خود استفاده کند که به روشنی متناسب با آنچه که خود می‌دهد نباشد، قرارداد باطل خواهد بود".(مارکسینیس، حقوق قراردادهای آلمان، ص۸۷۰ و ۲۵۳؛ هاگ، بیل، حقوق قراردادها، ص۴۹۴).

این مقرره امروزه معمولاً با عنایت به بند ۱ مادة ۱۳۸ اعمال می‌شود که اظهار می‌دارد: "معامله حقوقی مغایر با وجاهت عمومی باطل است". (مارکسینیس، همان).

یکی از دعاوی اخیر در آلمان مربوط به قراردادهایی است که هنرپیشه‌هایی را در قبال شرکت‌های تبلیغاتی متعهد می نمود. در این قرارداد سود طولانی مدت برای شرکت، هر گونه نتیجة متعارفی از قرارداد را برای هنرپیشه‌ها منتفی می نمود و شرکت، از بی‌تجربگی و جوانی این افراد سوء استفاده می‌کرد تا آنان را برای انعقاد قراردادهای زیان آور فریب دهد. (مارش، ص۲۹۱).

در سیستم حقوقی انگلو ساکسون همان‌گونه که تاریخ نویسان حقوقی گفته اند، ریشة مفهوم unconscionability (ناعادلانه بودن و یکطرفه بودن قرارداد) را باید در روش محاکم انصاف جستجو کرد. این دادگاه‌ها از تنفیذ معاملات غیر عادلانه و بشدت یکطرفه که عدم توازن شدیدی بین دو موضوع معامله وجود دارد خودداری می‌کردند (مدرسی، ص۱۹).

در این‌جا مناسب است که دو سابقة قضایی را که در احکام متأخر به آنها استناد شده بررسی کنیم. رأی رابرت هاید قاضی دادگاه عالی لندن در سال ۱۶۶۳ در دعوای James v.morgan و نظریة قاضی هالت در سال ۱۷۰۵ در دعوای Thornborough v.whith که در هر دو رأی به فقدان توازن در معامله بین یک فرد شهری خبره و یکطرف روستایی نا آگاه از وضع بازار استناد شده است. تحلیل این دو حکم را می‌توان در نظریه قاضی در پرونده hume v.united states در ۱۸۸۹ و دعوای Leland v. Stone در دادگاه ماساچوست در سال ۱۸۱۳ ملاحظه نمود. همچنین در پروندة Greer v.Tweed در ایالت نیویورک در سال ۱۸۷۲ به رأی قاضی رابرت هاید استناد شده است (همان).

واژة unconscionability نه در رأی قاضی رابرت هاید به کار رفته و نه در حکم قاضی هالت، و نخستین بار این واژه در رأی قاضی هاردویک در پروندة Earl of chesterfield v.janssen به کار رفته است.

در قرن نوزدهم محاکم تحت تأثیر اصل منع مداخله دولت در معاملات، مبتنی بر اصـل آزادی قراردادهـا کـه اصلی دارای قداست تلقی می‌شد در مواردی که غیر عادلانه بودن قرارداد آشکار بود رویه های مختلفـی را اتخـاذ کردند. برخی محاکم بر قداست اصل مزبور تأکید می‌کردند و تا زمانی که شرایط اساسی قرارداد موجود بود دخالت محکمه را منع می‌کردند. به اعتقاد اینان امنیت حقوقی و پایداری و استواری قـرار دادهـا و تعهـدات نبایـد فـدای ملاحظات اجتماعی گردد (همان) در مواردی دادگاه تلاش می‌کرد با توجه به تفسیرهای بعید و مانع تراشـی هـای

جنبی از تنفیذ و اجرای قرارداد خودداری نماید. آنچه می‌توان به عنوان نتیجهٔ مطالعه در این دوره مطـرح سـاخت این است که محاکم مستقیماً قرار دادی را به دلیل ناعادلانه بودن مورد تردید قرار نمی‌دادند و با تمسک به راه‌های غیرمستقیم دیگر از اجرای قراردادها امتناع می‌کردند. اما محاکم انصاف به دلیل ناعادلانه بودن همچنان از اجـرای قرارداد جلوگیری می‌نمودند. در قلمرو قانون متحد الشکل تجاری آمریکا در تفسیری که از بند ۱ مادهٔ ۳۰۲-۲ به عمل آمده است از دعوای Campbell v.wentz به عنوان پیشینهٔ حقوقی این مقرره نام برده شده است. در این پرونده که در سال ۱۹۴۸ مطرح شده است. دادگاه بدوی به نفع خواهان حکم نداد و دادگاه استیناف آن رأی را تأیید کرد. استدلال دادگاه این بود که الزام خوانده به اجرای قرارداد به دلیل عدم توازن معاملاتی شـدید نـوعی تحمیـل غیـر متعارف و افراطی است (مدرسی، همان).

با ملاحظه نظام های حقوقی معاصر، به نظر می‌رسد شرط عادلانه بودن قرارداد در سیستم های حقوقی معاصر برای اولین بار در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (UCC) به شکل قانون مکتوب در آمده و به دادگاه اجازه داده شد که صرفاً به دلیل ناعادلانه بودن از اجرای قرارداد جلوگیری یا آن را تعدیل نماید بدون این‌که نیاز داشته باشد از سایر شیوه های غیرمستقیم و سایر مانع تراشی های حقوقی استفاده کند.

در آمریکا به جز ایالت لوییزیانا سایر ایالات پنجاه‌گانه این قانون را پذیرفته اند. دو ایالت کالیفرنیا و کارولینای شمالی اگرچه در آغاز، این ماده را از متن قانون حذف کرده بودند اما در عمل به مفاد آن عمل می‌کردند و به همین دلیل اختلاف رویه پیش نیامد (همان).

ج) قرارداد یا شرط قرار دادی غیرعادلانه در UCC و PECL

۱) قانون متحد الشکل تجاری آمریکا

قانون متحد الشکل تجاری آمریکا در مادهٔ ۳۰۲ – ۲ قرارداد یا شرط غیر عادلانه را چنین تعریف می‌کند : " هر گاه دادگاه به عنوان امر حکمی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان انعقاد غیر منصفانه و بر خلاف وجدان بیابد می‌تواند از اجرای آن جلوگیری کند یا مابقی آن را اجرا نماید یا قلمرو اعمال شرط غیر منصفانه را محدود کند تا از هر گونه نتیجه غیرمنصفانه‌اجتناب شود ".

در این مادّه منظور از واژهٔ unconscionability، غیرعقلایی و غیرعادلانه و یکطرفه بودن است، هر چند این واژه در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا به طور جامع تعریف نشده است.

در حقوق انگلیس در دعوای Earl of chesterfied v. Janssen به سال ۱۷۵۰ این تعریف مطرح شده است : قراردادی که شخص عاقل در حالت عادی منعقد نمی‌کند و فرد درستکار صادق با انصاف آن را نمی‌پذیرد. این تعریف مبتنی بر مفهوم عقلایی بودن قرارداد در کامن لو است که مبنایی مشخص و روشن نیست (همان).

همچنین در دعوای ایالات متحده علیه شرکت فولاد بتل هام در سال ۱۹۴۲ قاضی پرونده این اصطلاح را چنین تعریف کرده است : سوء استفاده از حالت اضطرار طرف دیگر به انجام معامله.

همچنین دادگاه استیناف ایالت ایندیانا در دعوای.Stiefler v Mccullou به سال ۱۹۳۱ گفته است : قرار دادی ناعادلانه است که متضمن چنان بی عدالتی بزرگ و آشکاری باشد که عادتاً ممکن نیست آن را برای شخص صاحب رأی و اندیشه صحیح بازگو کنند و وی از غیرعادلانه بودن آن اظهار شگفتی نکند. اگر عدم تعادل میان ثمن و مبیع چنان زیاد باشد که آدمی را رنج دهد، دادگاه از کمترین قرائن موجود در متن قرارداد که دال بر قصد بی عدالتی و سوء استفاده است نسبت به ابطال قرارداد بهره خواهد برد(رک به مدرسی، ص۱۹).در این پرونده بر دو وصف ظالمانه و سوء استفاده تأکید شده است.

در همه این موارد تعریف محدد و مشخص حقوقی در مورد unconscionability به عمل نیامده است. در مادهٔ ۳۲۰- ۲ UCC نیز که تعدیل قرارداد را در صورت unconscionability اجازه می‌دهد، در خصوص مصادیق آن سخنی بمیان نیاورده است (همان؛ رابین.ال.میدوس، *ناعادلانه بودن به عنوان ابزار تنظیم قرارداد*، ص۷۴۱).

در تفسیر رسمی این ماده نیز توضیحی روشنگر ملاحظه نمی‌شود. در تفسیر آمده است : "منظور از این ماده آن است که دادگاه بتواند رسماً در برابر قرار دادها یا شروطی که آن را غیر عادلانه می‌کند مقاومت نماید. در گذشته چنین مقاومتی از راه مانع تراشی های ادبی در متن قرار داد، از راه به کارگیری قواعد ایجاب و قبول یا مخالفت با نظم عمومی یا مخالفت با مقتضای عقد و هدف اصلی قرارداد صورت می‌گرفت. (اما) این ماده وضع گردید تا به دادگاه اجازه دهد رأساً در موضوع ناعادلانه بودن قرارداد یا شرط آن تصمیم بگیرد. ضابطهٔ کلی آن است که به تشخیص عرف عام، در پرتو نیاز موجود در آن معامله شرط های مورد نظر به گونه‌ای یکطرفه تنظیم شده باشد که قرارداد در شرایط زمانی عقد (unconscionable) باشد. هدف اصلی ماده آن است که از تحمیل نتیجهٔ ظالمانه و از نتیجهٔ غیرمنتظره غیرعادلانه جلوگیری کند" (مدرسی، همان).

فقدان تعریفی جامع و مانع و تفکیک تفسیر رسمی میان تحمیل ظالمانه و نتیجهٔ غیرمنتظرهٔ غیرعادلانه، مفسران UCC را بر آن داشته است که میان unconscionabilityماهوی که متضمن تحمیل است و unconscionability شکلی تفاوت بگذارند. به این معنا که گاهی احجاف و ظلم در محتوای عقد است قرارداد یا شروط قرار دادی به حدی گزاف و غیر عادلانه است که وضعیتی ظالمانه را بر طرف مقابل تحمیل می‌کند و گاه شرایط حاکم و زمینه‌ای که عقد در آن شکل گرفته است، یعنی اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد و قدرت معاملاتی طرفین و نحوهٔ انعقاد قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد. در چنین وضعیتی که بی عد التی شکلی محقق است و بی عدالتی ما هوی نیز فرض می‌شود.

باید توجه داشت که اگر چه مقررة UCC ناظر به عقد بیع است ولی در عمل مادة ۳۲۰-۲ با تنقیح مناط به همه قرار دادها تعمیم داده شده است (همان).

با وجود این حقوق دانان اختلاف کرده اند که آیا تنها یکی از این دو عامل برای تحقق مفهوم قرارداد یا شرط ناعادلانه کافی است یا مجموع مرکب از آن دو لازم است.

نظر اکثریت آن است که اختلاف شرایط اقتصادی و معاملاتی طرفین بدون هیچ‌گونه اشکال جنبی دیگر نباید به عنوان مستمسکی برای تعدیل یا ابطال عقد به کار رود. به همین دلیل، در حکم دادگاه استیناف ایالت اوهایو در پروندة Central ohio corp. Milk produce Inc. v. Rawland در سال ۱۹۷۲ قاضی می‌گوید : صرف یکطرفه بودن قرارداد برای تحقق unconscionability کافی نیست بلکه باید شروطی نیز مربوط به ریسک معاملاتی و تجاری آن معاملة خاص در عقد گذاشته شده باشد.

بنابر آنچه گفته شد مطابق قاعدة اصل آزادی قراردادها و لزوم پای‌بندی به مفاد قرارداد ناشی از تراضی و با ملاحظة آرای قضایی، برای صدور حکم به فسخ یا تعدیل قرارداد ناعادلانه باید بی عدالتی ماهوی و شکلی محقق گردد هر چند وجود یا فقدان عدالت شکلی می‌تواند اماره بی عدالتی ما هوی باشد.

۲) اصول حقوق قرار دادهای اروپایی

این اصول نیز با الهام از پیشینة حقوقی در مورد unconscionability، مقررات نسبتاً جامعی در مواد ۱۰۹- ۴ و ۱۱۰-۴ مقرر کرده است.در ماده ۱۰۹-۴ مقرر شده است :

۱- یکطرف قرارداد می‌تواند در صورتی که در زمان انعقاد قرارداد موارد زیر محقق شود قرارداد را فسخ نماید :

أ) اعتماد بر طرف دیگر داشته یا با طرف دیگر رابطه داشته باشد، در فشار اقتصادی بوده یا نیازهای ضروری داشته باشد، بی احتیاط، نا آگاه، و غیر مجرب بوده یا مهارت معاملی نداشته باشد.

ب) طرف دیگر از این وضعیت آگاهی داشته یا باید آگاهی می داشته است و با توجه به اوضاع و احوال و هدف قرارداد از موقعیت طرف قرارداد به شیوه‌ای بهره ببرد که به شدت غیر منصفانه بوده یا نفع مفرطی را تحصیل نماید.

۲- با تقاضای طرفی که حق فسخ قرارداد را دارد، دادگاه می‌تواند در صورت مقتضی قرارداد را به گونه‌ای منطبق برشرایط حسن نیت و معاملة منصفانه، تعدیل نماید.

۳- همچنین دادگاه می‌تواند قرارداد را با تقاضای کسی که اطلاعیه فسخ را به خاطر نفع مفرط یا امتیاز غیر منصفانه دریافت داشته تعدیل نماید، مشروط به این‌که فوراً پس از دریافت اطلاعیه و قبل از این‌که طرف دیگر بر اساس آن عمل کرده باشد به ارسال کننده، اطلاع دهد.(لندو، اصول حقوق قراردادهای اروپایی، ص ۳۳۲ به بعد).

نکات زیر از مادهٔ بالا استنباط می‌شود :

اول) اصل لزوم قرارداد و امتیاز ناشی از غیر منصفانه بودن قرارداد

حقوق قرار دادها بر این امر اصرار نمی‌ورزد که معاملات منصفانه باشد به این معنا که تعهدات اجرایی طرفین متعادل باشد. به طور کلی نظر بر این است که طرفین بهترین قاضی و ارزیاب تعهدات مرتبط مبادلی خود هستند. با وجود این بسیاری نظام‌های حقوقی از تنفیذ قراردادهایی که تفاوت به شدت آشکاری در ارزش دو مورد معامله وجود دارد و این امر نتیجهٔ ضعف معاملی یکطرف و نفع آگاهانه برای طرف دیگر باشد خودداری می‌کنند. مادهٔ ۱۰۹-۴ این اصل را پذیرفته که قرار دادی که به یک طرف نفع افراطی داده و مستلزم نفع غیر منصفانه است ممکن است به تقاضای طرف متضرر فسخ یا تعدیل شود.

دوم) ضعف یا نیاز فوری

اگر یک طرف قرارداد بتواند حتی در صورتی که قرارداد به ضرر او باشد از قرارداد طفره رود در حالی که دلیل روشنی بر این که چرا در زمان انعقاد قرارداد مواظب منافع خود نبوده وجود نداشته باشد این امر، سبب تزلزل بسیار در معاملات می‌شود. تنها در جایی باید حکم به جبران خسارت داد که شخص بتواند به ضعف و ناتوانی یا نیاز مبرم خود به عنوان سبب این امر اشاره کند. از جمله می‌تواند به این واقعیت اشاره کند که رابطه مبتنی بر اعتماد با طرف دیگر داشته و بر طرف دیگر برای دادن مشاوره اعتماد کرده و بر اساس نظر و تصمیم مستقل خود عمل نکرده است.

سوم) آگاهی طرف منتفع

ماده ۱۰۹ – ۴ وقتی عمل می‌شود که نفع حاصله توسط یک طرف آشکارا در مقایسه با قیمت متعارف یا ما به ازای آن در معامله بیش از اندازه باشد. این واقعیت که کمبود کالای مورد نظر در بازار معمولاً منجر به قیمتهای بالاتری می‌شود دلیل بر اعمال این ماده نیست اگر چه افزایش ناگهانی قیمت سبب نفع بالا و غیر طبیعی یک طرف قرارداد شود.

به عنوان مثال اگر در خلال سرمای ناگهانی در اوایل تابستان قیمت گوجه‌فرنگی به شدت افزایش پیدا کند و شخص ب با الف توافق نماید که با این قیمت از او گوجه بخرد، ب نمی‌تواند به دلیل این ماده قرارداد را فسخ کند اگر چه کشف شود که الف گوجه ها را پیش‌تر با قیمت بسیار پایین تر خریداری و در سردخانه نگهداری کرده

است. با وجود این، اگر یک‌طرف از جهل و نیاز دیگری استفاده کرده و قراردادی بشدت یکطرفه با وی منعقد نماید مشمول این ماده می‌شود.

همچنین در صورتی که شخص الف که فردی بیسواد بوده و تجربه معاملاتی نداشته برخی اموالش را رها کرده است و شخص ب با او تماس گرفته و پیشنهاد خرید آن را به قیمتی بسیار کمتر از قیمت واقعی بدهد و به آقای الف بگوید یا مال را باید فوراً بفروشد یا دیگر با او معامله نخواهد کرد و شخص الف نیز بدون مشورت با کسی با این پیشنهاد موافقت نماید. در این صورت شخص الف می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

در مثالی دیگر الف و خانواده اش در تعطیلات خود در خارج از کشور گرفتار تصادف ماشین می‌شوند و شوهر الف بشدت مصدوم می‌شود و نیازمند معالجهٔ فوری می‌گردد که در محل تصادف این معالجه میسر نیست. ب موافقت می‌کند که او را با آمبولانس به نزدیکترین بیمارستان بزرگ رسانده و قریب به پنج برابر قیمت معمول از او پول بگیرد. الف آن‌قدر ترسیده است که بدون گرفتن مظنه های دیگر قبول می‌کند. پس از پرداخت مبلغ مزبور متوجه حقیقت امر و قیمت واقعی می‌شود. در این وضعیت او می‌تواند جبران خسارت را تقاضا کند.

در همین مثال اگر الف کشف کند که ب مبلغی بیش از اندازه را تقاضا کرده ولی وضعیت به گونه‌ای است که تنها آمبولانس وی در دسترس است، باز می‌تواند جبران خسارت را بخواهد.

چهارم) نفع بشدت غیرمنصفانه

اگر مبلغ قرارداد بیش از اندازه نباشد ولی نفع شدید غیر منصفانه به طریق دیگری حاصل شود، این ماده اعمال می‌شود. قرارداد ممکن است نسبت به شخصی که از روی بد خواهی و شرارت آن را منعقد می‌کند غیر منصفانه باشد هر چند که قیمت قرارداد نامتعارف نیست.

به عنوان مثال الف بیوه زنی است که با چندین فرزندش در یک خانه بزرگ اما خراب در همسایگی ب زندگی می‌کنند ب مدتهاست تمایل خرید آن را دارد. الف با اعتماد بر مشاوره ب در امور تجاری اقدام می‌کند. ب خانم مزبور را تشویق می‌کند که منزل مزبور را به وی بفروشد و قیمت روز بازاری را به او پیشنهاد می‌نماید اما به او خاطر نشان نمی‌کند که با این مبلغ جایی مشابه برای زندگی پیدا نخواهد کرد. در این وضعیت الف می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

پنجم) شیوه های جبران خسارت

بنابر اصول قرارداد های اروپایی (pecl)صرف سود آوری شدید سبب نمی‌شود قرارداد قابل فسخ باشد. طرف متضرر می‌تواند قرارداد را به شکل تعدیل یافته ادامه دهد. به موجب بند ۲ ماده ۱۰۲ – ۴ دادگاه می‌تواند شروط منصفانه را جایگزین شروط ناعادلانه نماید. باید توجه داشت که این حکم چیزی بیش از حق فسخ جزیی مندرج در ماده ۱۱۶-۴ pecl است، زیرا بر خلاف ماده ۱۱۶ – ۴ جایگزینی شرط منصفانه را اجازه می‌دهد.

همچنین با توجه به اینکه فسخ کل قرارداد ممکن است برای طرفی که نفع حاصل کرده شیوهٔ دیگری منجر به غیر منصفانه شدن گردد، دادگاه می‌تواند قرارداد را به تقاضای هر یک از طرفین تعدیل کند مشروط بر این که چنین کاری فوراً و قبل از این که ارسال‌کنندهٔ اطلاعیه فسخ بر اساس آن عمل کرده باشد، انجام شود.

دادگاه نیز تنها در صورتی که این شیوه در اوضاع و احوال موجود متناسب باشد حکم به تعدیل می‌کند. مثلاً در مورد مثال (بیوه زن) تعدیل متناسب نیست.

علاوه بر فسخ یا جایگزین فسخ، طرف متضرر می‌تواند بر اساس مادهٔ ۱۱۷-۴ درخواست جبران خسارت کند. میزان این خسارت محدود به مبلغی است که در قیاس با موقعیت قبل از انعقاد قرارداد زیان را مرتفع سازد.

ششم) جبران خسارت ناشی از ناعادلانه بودن قرارداد قابل استثنا نیست

حکم مقرر در ماده ۱۰۹ – ۴ در خصوص جبران خسارت ناشی از قرارداد با شرط غیرمنصفانه و ظالمانه محدود یا منتفی نمی‌شود. در واقع pecl این مورد را از زمرهٔ مقررات آمرانه می‌داند که شرط محدودیت یا استثنای آن بی اثر تلقی می‌شود. در ماده ۱۱۸ – ۴ این اصول مقرر شده است :

" ۱- جبران خسارات ناشی از تقلب، تهدید، و نفع فاحش یا نفع غیر منصفانه و حق فسخ شرط غیر منصفانه که به طور خاص و مستقل مورد مذاکره قرار نگرفته است قابل استثنا و محدودیت نیست.

۲- جبران خسارات ناشی از اشتباه و اطلاعات نادرست قابل استثنا و محدودیت است مگر آن‌که استثنا یا محدودیت مغایر با حسن نیت و معاملهٔ منصفانه باشد ".

ماده ۱۱۰-۴ در مورد شروط غیر منصفانه‌ای که به طور خاص مورد مذاکره قرار نگرفته اند مقرر می‌کند :

۱- " اگر شرطی که به طور خاص مورد مذاکره واقع نشده بر خلاف شرایط حسن نیت و معاملهٔ منصفانه بوده و سبب عدم تعادل عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان یک طرف شده باشد، طرف متضرر می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در این امر ماهیت اجرا، همهٔ شروط قرارداد و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد ملاحظه می‌شود.

۲- این ماده در موارد زیر اعمال نمی‌شود :

الف) شرطی که موضوع اصلی قرارداد را مشخص می‌کند، مشروط بر این‌که شرط آشکار بوده و زبان قابل فهمی داشته باشد.

ب) ارزش تعهدات یک‌طرف در مقایسه با ارزش تعهدات طرف دیگر تعادل و برابری داشته باشد ".

این مقره قلمرو شروط عمومی دستور العمل جامعهٔ اروپایی ۹۳/۱۳ در مورد شروط غیرمنصفانه قراردادهای مصرف‌کننده (۱۹۹۳) را به قراردادهای بین اشخاص خصوصی و قراردادهای تجاری گسترش و تسری داده است. (http://www.europefesco.org/documents/directives)

بر خلاف دستور العمل مزبور، اصول حقوقی قرار دادهای اروپایی فهرستی از شروط غیر منصفانه را بیان نکرده است. گفته می‌شود در قرار دادهای بین افراد حرفه‌ای فهرست کردن شروط به عنوان شروط غیر منصفانهٔ ذاتی، به دلیل تنوع قرار دادهای تجاری، ناممکن است. فقدان فهرست، قضات و داوران را از الهام گرفتن از پیوست دستور العمل جامعهٔ اروپایی در جایی که شرط عام مادهٔ ۱۱۰- ۴ را اعمال می‌کنند باز نمی‌دارد.

پیوست دستور العمل جامعه اروپایی شروط ذیل را به عنوان شروط غیر منصفانه تلقی می‌کند :

۱- شروطی که هدف یا اثر زیر را دارد :

أ) منتفی یا محدود کردن مسئولیت قانونی فروشنده یا تهیه کننده در صورت مرگ یا صدمهٔ شخص مصرف کننده ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده یا تهیه کننده.

ب) منتفی کردن یا محدود کردن حقوق قانونی مصرف کننده در مقابل فروشنده یا تهیه کننده یا طرف دیگر در صورت عدم اجرای کلی یا جزئی یا اجرای نابرابر توسط فروشنده یا تهیه کننده نسبت به هر یک از تعهدات قرار دادی......

ح) ایجاد توافقی الزام آور بر مصرف کننده در حالی که ارائهٔ خدمات توسط فروشنده یا تهیه کننده تابع شرطی است که تحققش مبتنی بر اراده منفرد اوست.

د) فروشنده یا تهیه کننده مجاز شود در صورتی که مصرف کننده تصمیم به عدم انعقاد یا اجرای قرارداد دارد، پول پرداختی توسط مصرف کننده را نزد خود نگهدارد، بدون این‌که مقرر کنند مصرف کننده بتواند مبلغی معادل از فروشنده یا تهیه کننده در صورت فسخ قرارداد توسط آنها به عنوان خسارت دریافت کند.

ه) الزام مصرف کننده به این‌که در صورت خودداری از اجرای تعهداتش مبلغ بسیار زیادی خسارت بپردازد.

و) به فروشنده و تهیه کننده حق انحلال قرارداد به دلخواه داده شود و این حق به مصرف کننده اعطا نگردد یا به فروشنده یا تهیه کننده اجازه داده شود که مبلغ پرداختی توسط مصرف کننده را برای خدماتی که هنوز ارائه نشده در صورت انحلال قرارداد توسط خود آنها نزد خود نگهدارند.

ز) به فروشنده یا تهیه کننده حق فسخ در مدتی نامشخص بدون اطلاع دادن متعارف جز در مواردی که دلایل اساسی برای انجام چنین کاری وجود داشته باشد، داده شود.

ح) در صورتی که قرارداد دارای مدت مشخص به طور خودکار در جایی که مصرف کننده خلاف آن را تصریح نکند توسعه یابد و پایان مدتی که مصرف کننده بتواند قصدش را بر عدم توسعه اعلام کند به طور نامتعارفی زود باشد.

ط) مصرف کننده را ملزم به شروطی کند که او فرصت واقعی آگاه شدن ازآنها را قبل از انعقاد قرارداد نداشته باشد.

ی) فروشنده و تهیه کننده مجاز باشند که شروط قرارداد را یکجانبه تغییر دهند بدون دلیل مناسبی که در قرارداد مشخص شده باشد.

ک) فروشنده و تهیه کننده بتوانند یکجانبه و بدون دلیل هر گونه ویژگی محصول یا خدمتی را که باید ارائه شود تغییر دهند.

ل) شرط تعیین قیمت در زمان تسلیم یا اجازه دادن به فروشندهٔ کالا یا تهیه کنندهٔ خدمات برای افزایش قیمت آنها بدون این‌که در هر دو مورد به مصرف کننده حق مشابهی برای فسخ قرار داددر صورت بسیار زیاد بودن قیمت نهایی نسبت به قیمت مورد توافق در زمان انعقاد قرارداد داده شود.

م) دادن حق تعیین به فروشنده یا تهیه کننده در این مورد که آیا کالاها یا خدمات ارائه شده مطابق قرارداد هست یا نه، یا دادن حق انحصاری تفسیر هر شرط قرار دادی به آنها.

ن) محدودیت تعهدات فروشنده یا تهیه کننده به رعایت تعهدات ایجاد شده توسط نمایندهٔ آنان منوط به رعایت تشریفات خاص.

س) متعهد کردن مصرف کننده به انجام همه تعهداتش در جایی که فروشنده یا تهیه کننده تعهدات خود را اجرا نکنند.

ف) دادن امکان انتقال حقوق و تعهدات قرار دادی به فروشنده یا تهیه کننده بدون توافق مصرف کننده در حالی که این امر ممکن است تضمینات مصرف کننده را کاهش دهد.

ق) منتفی کردن یا منع کردن حق مصرف کننده برای اقامهٔ دعوا یا اجرای هر گونه جبران حقوقی دیگر، بویژه الزام مصرف کننده به ارجاع دعاوی خود به داوری که مشمول مقررات حقوقی نیست و به طور غیر قانونی دلیلی را که می‌تواند ارائه کند نادیده گرفته یا بار مسئولیت اثبات که بر عهدهٔ طرف مقابل است بر عهدهٔ او گذاشته شود.

با توجه به مطالب بالا به نظر می‌رسد اصول حقوق قرار دادهای اروپایی PECL در مورد شروطی که به طور خاص و مستقل مورد مذاکره قرار نگرفته اند، دیدگاه دستورالعمل جامعه اروپایی در مورد شروط غیر منصفانه در قرار دادهای مصرف کننده را در مورد سایر قرار دادها پذیرفته و تعمیم داده است. بنابر این اگر شرطی مغایر با حسن نیت باشد و سبب عدم تعادل فاحش در حقوق و تعهدات طرفین گردد قابل فسخ خواهد بود. اما شروطی که قیمت را معین کرده یا موضوع اصلی قرارداد را مشخص می‌کنند مشمول این حکم نخواهد بود ولی بر اساس ماده ۱۰۹ – ۴ قابل ملاحظه و بررسی هستند.

د) قرار دادهاو شروط غیر عادلانه در حقوق ناشی از قرار دادهای اسلامی

مطالعهٔ منابع اولیه و ثانویه نشان می‌دهد حقوق اسلامی در زمینهٔ قراردادها به دنبال توزیع عادلانهٔ ثروت است. اما پرسش این است که آیا قواعد حقوق اسلامی در این زمینه همگام با اصول عدالت مبادله‌ای و معاوضه‌ای است یا نه.

به نظر می‌رسد حقوق ناشی از قراردادهای اسلامی حقوق قراردادهای خاص است وفقها نظریهٔ کلی قرارداد را مطرح نکرده و صرفاً قواعد عقود خاص مانند بیع و اجاره و غیره را بررسی کرده اند. با وجود این پل ارتباطی بین این قواعد قابل اعمال بر قرار دادهای خاص و نظریهٔ کلی قرارداد وجود دارد(رک مراغی، ج۱، ص ۱۷-۲۰ ؛ قنواتی و سایرین، ص۶۱، ۱۳۷۹؛حسین حسن، «قراردادها در حقوق اسلامی»، *مجلهٔ مطالعات اسلامی*، ۱۳:۳ ص۲۵۷).

فقهای اسلامی پیوسته قرارداد ها را تعریف و دسته بندی می‌کنند. وضعیت ارادهٔ طرفین قرارداد در حقوق اسلامی این است که اگر یک طرف ارادهٔ انعقاد قرارداد کند در واقع تعهدات ناشی از ماهیت قرارداد را خواسته است، هر چند دقیقاً نداند آن تعهدات چه بوده‌اند. ماهیت قرارداد نیز در پرتو هدف قرارداد تعریف می‌شود و شروط قرار دادی با توجه به آن هدف‌ها معنا می‌شوند. از این رو طرفی که هدفی را می‌خواهد ابزار رسیدن به آن هدف را هم می‌خواهد.

شروطی که به طور طبیعی از نوع قرار دادی ناشی می‌شوند که طرفین منعقد کرده اند نه تنها مطابق ارادهٔ طرفین هستند بلکه عادلانه هم هستند. زیرا این شروط قرار دادی برای تضمین تعادل در تعهدات مرتبط طرفین است. البته این واقعیت فقط در مورد قرارداد هایی است که به قول ارسطو قراردادهای معوض onerous contract و یا به تعبیری قراردادهای مغابنی هستند (طباطبایی یزدی، ص ۳۱۸، ؛مکارم شیرازی، ۱۴۱۵، ص۳۰۶ ؛حسینی، ج۷، ص۱۱۷). اما اگر قصد طرفین این باشد که طرف دیگر بدون عوض از او نفعی ببرد این امر نشان می‌دهد که قصد طرفین، قرارداد مجانی است که تعادل و انصاف در آن مطرح نیست و در قلمرو اصل آزادی قرار دادی بدون محدودیت باقی می‌ماند.

بنابر دسته بندی چهار گانهٔ کلسون بر مبنای حقوق اسلامی، قراردادهایی آمده که در پرتو نظریهٔ عدالت معاوضه‌ای قابل توجیه است :

۱- بیع (تملیک عین در مقابل عوض) ؛

۲- هبه (تملیک عین بلاعوض) ؛

۳- اجاره (تملیک منفعت در مقابل عوض) ؛

۴- عاریه (تملیک منفعت بلا عوض) ؛

(کلسون، *حقوق تجاری درکشورهای خلیج فارس:سنت حقوقی اسلامی*، ص۲۷-۱۷).

این تقسیم مشابه تقسیم توماس آکویناس در توضیح نظریهٔ عدالت معاوضی است.

ﻫ) رعایت تعادل در قرار دادها در حقوق اسلامی و در فقه اسلامی

قرآن کریم اصل عدالت را از هدف‌های اصلی تشریع دین اسلامی معرفی می‌کند و می‌فرماید:ولقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الکتاب والمیزان لیقوم الناس بالقسط. این اصل در فقه اسلامی بویژه فقه امامیه از جمله اصول محوری و نقش آفرین است و به اعتقاد برخی عالمان اسلامی معیار و میزانی برای فقاهت و استنباط های فقهی است.استاد مرتضی مطهری در این خصوص می‌نویسد: اصل عدالت از مقیاس های اسلام است که باید دید چه چیزی بر او منطبق می‌شود.عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات (مطهری، ص۱۴).

تأثیر این اصل را در بخش های مختلف فقه اسلامی می‌توان ملاحظه کرد. در قلمرو حقوق قراردادها نیز نقش آفرینی اصل مزبور نمایان است. به همین دلیل در این بخش نیز می‌توان ادعا کرد که برابری، عنصر محوری عدالت معاوضی است و عدالت معاوضی بسیاری از قواعد و نظریه ها و ساختار کلی قرار دادها در فقه اسلامی را تبیین می‌کند. این امر را می‌توان، به عنوان مثال، با اشاره به دو قاعده و دو اصل تبیین نمود :

دو قاعده مزبور عبارتند از :

۱–انتقال مالکیت با انعقاد قرارداد در عقد بیع یعنی با ایجاب و قبول؛

۲– قاعده استغلال (بهره برداری غیر عادلانه).

و دو اصل مورد نظر نیز عبارتند از:

۱– منع ربا؛

۲– منع غرر.

قاعده اول) انتقال مالکیت، تصرف، و ضمان معاوضی

عنصر اساسی قرارداد بیع در حقوق اسلام انتقال فوری مالکیت از بایع به مشتری است (نجفی، جواهر الکلام، ؛امام خمینی، ج۵، ص۵۷۵؛ بلغة الفقیه، ج۱، ص ۱۵۶). به محض انعقاد قرار داد، چه در اموال منقول و چه غیر منقول، مالکیت منتقل می‌شود. این امرتعهدی برای فروشنده بر تسلیم مبیع و تعهدی برای خریدار مبنی بر پرداخت ثمن ایجاد می‌کند.

ارتباط این امر با رعایت برابری و تعادل در قرارداد روشن است. دلیل این‌که خریدار متعهد به پرداخت ثمن است این است که او نمی‌تواند ثمن و مثمن را در یک زمان در اختیار داشته باشد زیرا عدم این اقدام، عدم تعادل و نابرابری ایجاد می‌کند(شیخ طوسی، ج۳، ص۱۵۴؛ حسینی، پیشین؛مراغی، ج۲، ص۴۵۵–۴۵۶).

به همین دلیل در صورت تلف المبیع قبل القبض، خریدار الزامی به پرداخت ثمن ندارد.

همچنین اگر خریدار قیمت را به فروشنده ندهد، فروشنده تعهد به تسلیم مبیع ندارد (همان‌جاها). این تحلیل، هم بر مبنای کسانی قابل پذیرش است که حکم تلف المبیع قبل القبض را طبق قاعده تلقی می‌کنند و هم بر مبنای گروهی که این حکم را بر خلاف قاعده تفسیر می‌نمایند.(رک به: بلغة الفقیه، ج، ص ۱۵۶؛مراغی، ج۲، ص۴۵۴؛امام خمینی، ج۵، ص۵۷۵).

بیع سلم (بر اساس برخی دیدگاه های فقهی) یک استثنا از قاعدهٔ انتقال مالکیت به محض انعقاد قرارداد است، زیرا پیامبر به صراحت این معامله را اجازه داده است (حسین، حسن، پیشین).

هر چند قرارداد سلم مستلزم ربا و غرر است اما ضرورت‌های تجاری پذیرش آن را الزامی می‌کند. به همین دلیل فقیهان درقرارداد سلم درصدد محدود کردن خطرپذیری ربا و غرر بوده و شرائطی را برای این نوع عقد لازم می‌دانند(شافعی، الام، ج۳، ص۹۵؛السید سابق، ص۱۷۱). به عنوان مثال، نباید ثمن و مثمن هر دو وجه رایج باشند و مبیع باید مثلی و موزون باشد و مانند این‌ها. اگر کالا در وقت مقرر داده شود اما معادل با آنچه توافق شده نباشد قرارداد اجرا نمی‌شود زیرا طرف قرارداد از زیان دیگری به نفع خود به دلیل عدم تعادل منفعت ها بهره می‌برد. بنا بر این فقه اسلامی از این جهت نیز به رعایت تعادل معاوضی توجه کرده و مبنای اجرا و عدم اجرای قرارداد را لزوم رعایت عدالت دانسته است.

قاعدهٔ دوم) استغلال و غبن : وقتی در قراردادی غبن وجود داشته باشد استغلال محقق می‌شود. بیشتر فقیهان اسلامی معتقدند منع استغلال مبتنی بر قاعدهٔ لاضرر است (شیخ انصاری، ص۲۳۶؛ نجفی، ج۲۳، ص ۴۲؛امام خمینی، ج۴، ص۳۹۵؛ صدر محمدباقر، ص۲۹۰؛ معروف الحسینی، ص ۲۲۸). بر اساس قاعدهٔ لاضرر باید تعادل بین حقوق طرفین قرارداد وجود داشته باشد و از رهگذر قراردادزیانی به دلیل عدم تعادل به هیچ‌یک از طرفین وارد نشود و استغلال نیز به دلیل چنین ناعدالتی در حقوق طرفین مطرح می‌شود. به نظر می‌رسد مبنای اخلاقی استغلال نیز چیزی جز رعایت تعادل و برابری نیست. البته، مذاهب فقهی در این خصوص اختلاف نظر دارند.

مالکی ها و حنفی ها معتقدند قرارداد در صورتی که با افراد بی تجربه و ناآگاه باشد یا در صورت عدم تعادل و سوء عرضه به دلیل استغلال فسخ می‌شود. به اعتقاد فقیهان شافعی و حنبلی عدم تعادل باید فاحش بوده(غبن فاحش) و همراه تقلب باشد(ابن قدامه، المغنی، ج، ص۳۶-۳۷؛ وهبه الزحیلی، ص۴۳۷؛ الجزیری، ص۲۲۸؛اس.ار.راینر، نظریهٔ قراردادها در حقوق اسلامی، ص۲۵۶). اکثر فقیهان اسلامی برای تحقق غبن، تقلب و فریب را لازم نمی‌دانند اما غیر منتظره بودن نتیجه راشرط لازم تلقی می کنند. برخی مانند محقق نائینی خیار غبن را بر اساس شرط ضمنی تحلیل و بررسی می‌کنند. یعنی مبنای معاملات آن است که هر طرف در معامله کم و بیش معادل مالی که از دست می‌دهد به دست آورد و معامله در حکم شرط کردن تساوی است. از این رو، این مکاتب فقهی غبن را در استغلال لازم دانسته و معتقدند عدم تعادل باید فاحش باشد.

دلیل این امر چیزی جز این نیست که حقوق قرار دادهای اسلامی سعی بلیغ دارد تا قرار دادها مبتنی بر تعادل منعقد شوند وطرفین متحمل ضرر فاحش نشوند.جعل خیارات در این وضعیت برای جبران چنین زیان هایی است.

ممنوعیت ربا و غرر در فقه اسلامی نیز لایه های دیگری برای حمایت از تعادل قراردادی اضافه می‌کنند (شیخ انصاری، ص ۱۸۸؛امام خمینی، ج۱، ص۵۳۷).

از جمله مستندات ممنوعیت ربا، آیات قرآن است. به عنوان مثال در آیة ۳۹ سورة روم آمده است "و ما آتیتم من ربا لیربو فی اموال الناس فلا یربو عندالله..." بر اساس این آیه به صراحت دلیل ممنوعیت ربا عدم برابری دانسته شده است.این در حالی است که در فقه اسلامی اصل آزادی قراردادی به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است.

همچنین در آیة ۱۳۰ سورة آل عمران آمده است:"یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا الربا اضعافا مضاعفه... ." در این آیه نیز عدم تعادل مبنای نهی از ربا تلقی شده است.

در حقوق اسلامی بر این امر اتفاق نظر وجود دارد که ربا الفضل و ربا النسیئه توسط پیامبر ممنوع شده است.منظور از ربا الفضل این است که در عقد بیع یکی از عوضین بیش از دیگری باشد در مقابل ربای نسیئه به معنای بیع مدت دار (محمد رشید رضا، ص ۴۸ به نقل از: قسطلانی فی شرح البخاری، کتاب البیوع، ج۴، ص ۲۲).البته فقیهان حنفی در مورد ربا الفضل با فقهای مالکی و شافعی متفاوتند.حنفی ها معتقدند هر معامله‌ای که مبتنی بر تعادل و برابری منعقد نشود ممنوع است اگر چه دو کالا از یک جنس نباشند.در مقابل برخی دیگر بر این باورند که در ربا الفضل زیادی ارزش تبادلی منافع متقابل به دلیل نا برابری بین کالاهایی از یک نوع (طلا و نقره) و با یک کمیت مطرح است.

ابن رشد مالکی معتقداست که فقط ربا النسیئة حرام است و ربا الفضل در صورت ضرورت مجاز است. این دیدگاه ها صرف نظر از اختلاف در حکم، مبین این امر هستند که مبنای حرمت در معاملات معاوضه‌ای حفظ تعادل و برابری است. نمی‌توان پذیرفت در یک قرارداد معوض که عوضین از یک جنس بوده و علی القاعده باید برابر و معادل باشند، یکی از طرفین بیشتر از طرف دیگر نفعی تحصیل کند (ابن قدامه، ۱۴۰۸، ص۵۲؛ الجزیری، ص۱۹۲و۲۰۱؛ زحیلی، ص۴۱۱). همین مبنا در مورد غرر نیز مطرح می‌شود. ظاهرا دلایل مربوط به منع غرر به منع پیامبر از معامله تلقی الرکبان بر می‌گردد. اگر تجار شهری به خارج از شهر رفته و از تجار و قبایل کالاها را با قیمت کمتر از مقدار واقعی خریداری کنند و از جهل آنها نسبت به قیمت واقعی استفاده و بهره برداری نمایند معامله‌شان به دلیل غرر مخدوش خواهد بود. در واقع شارع از افراد ضعیف یا کم اطلاع و جاهل حمایت می‌کند.

آیة ۲۱۹ سورة بقرة و آیة ۹۱ سورة مائده در منع "میسر" (قمار) از مبانی منع غرر تلقی شده اند.برای جلوگیری از ورود زیان ناشی از معاملات مبتنی بر ریسک و احتمال و مبهم، قواعدی مقرر شده که افراد آگاه از

عوضین باشند و الاً معامله صحیح نخواهد بود. وجود ابهام در قرارداد سبب می‌شود شخص نتواند سود یا زیان خود راتشخیص دهد.

تمام مطلب این است که یک طرف مشخصاً از قرارداد نفع می‌برد در حالی که طرف دیگر ممکن است نفع یا زیان ببرد (که این امر خود عدم تعادل آشکاری است). در واقع در صورتی که منفعت یکی از طرفین بر خلاف طرف دیگر مبتنی بر شانس باشد این امرعدم تعادل در قرارداد تلقی می‌شود.از این رو، در مقابل کسانی که می‌گویند مبنای غرر فقدان موضوع معامله است و نیز در مقابل کسانی که جهل را به عنوان عاملی در غرر نمی‌شناسند دیدگاه کسانی قابل پذیرش است که می‌گویند غرر در بیع سبب ضرر خریدار می‌شود و در نتیجه جهلی است که قیمت یا مبیع را تحت تأثیر قرار می‌دهد. اگر علم به وجود قیمت و ویژگی های آنها و مبلغ معین وجود داشته باشد و طرفین کنترل مطلوبی بر عوضین جهت تحقق مبادله داشته باشند و تاریخ اجرای آینده مشخص باشد غرر منتفی است.از این نکات استنباط می‌شود که مبنای حرمت غرر تمایل به تضمین تعادل در معاملات معاوضی است.

یکی از عالمان اسلامی در کتاب نضد القواعد الفقهیه در مورد ضرورت رفع ابهام از مورد معامله می‌گوید: "این مسأله از مسائلی است که در آن حق الناس و حق الله در هم آمیخته است.غرر و ربا دو مقوله‌ای هستند که شارع به خاطر این‌که اموال مردم از بین نرود آنها را تحریم کرده است." از این تعبیر نیز استفاده می‌شود که عدم تعادل و نابرابری منافع طرفین قرارداد مبنای بطلان عقد به دلیل غرر است (مقداد بن عبدالله سیوری، نضد القواعد الفقهیه، ص ۳۰۲).

همچنین از برخی احکام فقهی دیگر توجه فقه اسلامی به رعایت تعادل در معاملات معاوضی استنباط می‌شود. در اینجا برخی از این احکام را بررسی می‌کنیم.

۱-فضل المال بالعوض

اگر یک طرف قرارداد به طور غیر عادلانه مالی بیش از مقدار مالی که به طرف دیگر منتقل کرده به دست آورد اگر طرف دیگر از شرایط معامله به نحوی به نفع خود سوء استفاده کرده باشد که عرف آن را ظالمانه بداند چنین معامله‌ای در برخی از مذاهب فقهی باطل دانسته شده است.

۲-بیع المضطر یا بیع الالجاء یا بیع المضغوط

در صورتی که یکی از طرفین قرارداد چاره‌ای جز انجام عقد نداشته باشد در صورتی که قرارداد به طور فاحش به زیان یک طرف باشد در برخی از مذاهب اسلامی قابل ابطال دانسته شده است.

۳- معاملات سفهی

اگر کسی سفیه نباشد ولی یک بار در زندگی تصرف غیر عقلایی در مال خود کند این معامله سفهی است. معامله کننده به این مقدار سفیه نمی‌شود تا معاملة او غیر نافذ گردد. مانند این‌که کسی به دیگری وکالت دهد تمام اموال او را در صورتی که بخواهد به خود یا دیگران منتقل کند. این وکالت و معاملات مبتنی بر آن سفهی بوده و فاقد اثر حقوقی است. بنابر این ضابطه سفهی بودن معاملات این است که به گونه‌ای واقع شوند که مورد اعتنا و توجه متعارف مردم نباشند. از این رو، انتقال مال خود به دیگری بدون عوض مادی و معنوی، مجهول بودن عوضین در بیع به گونه‌ای که عقلا اقدام به چنین بیعی نکنند، شرط اجل بسیار طولانی برای پرداخت ثمن، و توافق بر مهریه های سنگین از مصادیق تصرفات سفهی بوده و همگی محکوم به بطلان می‌باشند. می‌توان از مادّة ۳۴۸ قانون مدنی و بند ۲ مادة ۲۳۲ و ماده ۵۷۰ قانون مدنی این حکم را استنباط نمود(جعفری لنگرودی، ص۵۶۲-۵۶۳). در آثار فقیهانی مانند صاحب جواهر، میرزای قمی، محقق نائینی و سید محمد کاظم طباطبایی نیز می‌توان چنین حکمی را برای معاملات سفهی ملاحظه نمود (نجفی، جلد ۴، صفحة ۶۸ - ۷۷ - ۷۸؛ میرزای قمی، صص ۱۱۴-۱۳۴-۱۴۳-۱۴۹-۱۵۰-۱۶۸-۱۹۷-۱۹۸-۱۹۹؛ نایینی، ج۱، ص۳۴۰؛ طباطبایی یزدی، ص۱۳).یکی از فقیهان معاصر در فتوایی تعیین ده هزار سکه بهار آزادی را برای مهریه، سفهی و باطل دانسته است(مکارم شیرازی).

اندیشة رعایت تعادل بین عوضین در عقود معاوضی را می‌توان به عنوان مبنای اساسی بی اعتباری معاملة سفهی دانست.

نتیجه

با توجه به دلایل و مبانی فقهی معلوم می‌شود فقه اسلامی در قلمرو عقود معاوضی به اصل عدالت معاوضی توجه داشته است. قابلیت فسخ یا ابطال معامله‌ای که دارای نوعی عدم تعادل در عوضین است (مانند : غبن، تلقی الرکبان، ربا، بیع المضطربنابر برخی دیدگاه هاو معامله سفهی) بدون توجه به اصل عدالت معاوضی از قابلیت توجیه کمتری برخوردار است. بنابر این می‌توان ادعا کرد که فقیهان دست کم در برخی استنباطات خود اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته اند. با وجود این، از موازین و مبانی فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط کرد که اصل عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم برتمام احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قرار دادها مورد توجه بوده است. به همین دلیل استاد مرتضی مطهری می‌گوید : با این همه تأکید که در قرآن کریم بر روی مسأله عدالت اجتماعی شده است، یک قاعده و اصل عام از آن استنباط نشده است ...(مطهری، ص ۱۴). بنابر این می‌توان ادعا کرد که فقیهان قاعدة عدالت را از زمره قواعد فقهی حاکم در معاملات تلقی نکرده اند.از این رو، در فقه اسلامی اصل آزادی قرارداد. به عنوان اصل عمومی حاکم بر قراردادها ست وجز در موارد استثنایی و بر اساس نصوص شرعی قلمرو این اصل محدود نشده است. نمی‌توان از احکام خاص مقرر در مورد معاملات غبنی،

سفهی، ربوی و غرری ومانند آن اصل عدالت معاوضی را به عنوان نظریة کلی حاکم بر حقوق قراردادها استخراج نمود. استاد مرتضی مطهری از جمله دلایل این کم توجهی را دو مصیبت می‌داند. وی می‌گوید : برای اسلام و مقررات عادلانه اسلام دو مصیبت پیش آمد یکی از طرف حکام و خلفا و یکی از طرف علما که مفسر این قانون بودند. غالباً آنچه از طرف معاویه ها و عبدالملک ها و منصور و هارون ها بوده گفته اند، اما [مصیبت دوم] مصیبتی [است] که علما یعنی اشاعره وارد کرده اند. بنابر این چنان‌که استاد مطهری می‌گوید از جمله موانع تأسیس یک اصل بنیادین در فقه اسلامی نگاه اشعری گرایانه به فقه است. همچنین می‌توان شیوه ها و ابزارهای استنباط رایج را نیز از جمله عواملی دانست که در ایجاد اصل کلی عدالت پشتیبانی نمی‌کنند. اگر بنا باشد عدالت در سلسله علل احکام مورد توجه باشد نه در سلسله معلولات، فقدان اصل بنیادین عدالت را باید در کارآمدی ناقص ابزارهای استنباط نیز جستجو نمود.

در نظام حقوقی کامن لو (common law) از جمله قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، اصل آزادی قراردادی به عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادها پذیرفته شده است و تنها در صورت تحقق بی عدالتی ماهوی و شکلی این اصل کلی تخصیص پیدا می کند.به نظر می رسد تفاوت نظام حقوق اسلام با نظام حقوقی کامن لودر این است که در نظام حقوقی اسلام قاعده و حکم کلی در خصوص قراردادهای ناعادلانه وجود ندارد و در هر مورد باید به مورد نص توجه نمود در حالی که در نظام کامن لو قراردادهای غیرعادلانه بطور کلی از قلمرو اصل کلی آزادی قراردادی خارج می شوند.همین حکم را می توان به اصول حقوق قراردادهای اروپایی نسبت داد.

با وجود این، توجه به موازین اسلامی در خصوص عدالت معاوضی (در مواردی که اصل عدالت مورد توجه قرار گرفته است) ما را در ارائه ضابطه‌ای مناسب، روشن و غیر مبهم برای تعمیم وشمول unconscionability در نظام حقوقی کامن لو یاری می‌دهد. به کمک فقه اسلامی می‌توان تحقق unconscionability را مشروط به دو شرط نمود :

۱–به هم خوردن رابطة طبیعی معامله در اصل عقد یعنی به دست آمدن سود بدون انتقال ارزش مشابه و مساوی (فقه اسلام).

۲–طرف قوی تر بودن و به دست آوردن سود زاید در یک معاملة نامتعارف از نظر موقعیت متعاملین (کامن لو).

در برخی از متون فقهی آمده است که قاضی باید دقت کند که آیا :

۱–یکی از طرفین از درک و فهم صحیح و روشن شرایط عقد عاجز بوده است یا نه؟

۲–نتیجه حاصله غیر قابل پیش بینی بوده است؟

۳–میزان کنترل متعاقدین بر حصول نتیجة غیر قابل پیش بینی چقدر بوده است ؟

۴-رابطة نتایج غیر منتظره با سایر شروط قرار دادی چگونه بوده است؟

۵-توزیع سود میان متعاقدین در عقودی مانند شرکت و مضاربه عادلانه بوده یا غیرناعادلانه.

۶-آیا انتظار بهره در مورد معامله عقلایی بوده است یا نه؟ (رک.به مدرسی، پیشین).

این ضابطه‌های عینی در فقه اسلامی و نیز ضابطه های عینی مقرر در اصول حقوق قراردادهای اروپایی و دستورالعمل اروپایی ابهام موجود در نظریة unconscionability را تا حد زیادی مرتفع می‌سازد.

منابع

ابن قدامه، *المغنی*، قاهره، هجرللطباعة والنشر، ۱۴۰۸ق.

بحرالعلوم، سید محمد، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، بنیاد استاد، ۱۳۵۷.

حسینی عاملی، محمد جواد، *مفتاح الکرامة*، قم، مؤسسه آل البیت، [بی‌تا].

خمینی، روح الله، *البیع*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

رشید رضا، محمد، *الربا فی المعاملات فی الاسلام*، بیروت، ۱۹۸۶.

السید سابق، *فقه السنة*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.

سیوری، مقدادبن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیه*، قم، کتابخانة مرعشی، ۱۴۰۳ ق.

صدر، سید محمد باقر، *قاعدة لا ضرر و لاضرار*.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *سئوال و جواب*، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

ـــــــــــــ *حاشیة المکاسب*، قم، مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

طوسی، محمد بن الحسن، *الخلاف*، تهران، ۵۲۷۷.

قنواتی، جلیل و سایرین، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، سمت، ۱۳۷۹.

مدرسی، حسین، «جلوگیری از سوء استفادة احد متعاملین از اضطرار طرف دیگر»، *مجلة نامه فرهنگ*، ش اول.

مراغی، میر فتاح، *العناوین*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

مطهری، مرتضی، *مبنای اقتصاد اسلامی*، انتشارات حکمت، ۱۴۰۹ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *انوارالفقاهه*، قم، مدرسة الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۵ ق.

معروف الحسینی، هاشم، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بی جا، دارالغد، [بی‌تا].

میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، چاپ خوانساری، ۱۳۲۴ ق.

نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب*، نجف، مطبعة المرتضویه، ۱۳۵۸ ق.

نجفی، حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، [بی‌تا].

وهبة، زحیلی، *الفقه المالکی*، دمشق، ۱۴۲۶ ق.

الجزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، ۱۴۲۴ ق.

Aristotle, Nicomachean Ethics 5 in R.McKeon,The Basic Works of Aristotle ,New York,1941.

Atiyah, p. s., The Rise and Fall of Freedom of contract, Clarendon press, oxford, 1988.

Beal , Hugh , Hartkamp Arthur , kotz Hein , Tallon Denis , Contract law , Hart publishing , 2002.

Bryan. A. Garner, Black's law dictionary, west publishing, 1990.4) Coulson, N.J., commercial law in the states the Islamic tradition, London, 1984.

Grotius , De Jure Belli et pacis, vol 2, clarendon press, oxford, 1925, p, 348 et seq.

Hussein Hassan, J, Introduction to Islamic law, oxford, 1964.

Http: //www. Europefesco. Org / Documents / Directives.

James Gordley, The philosophical Origins of Modern Contrac Doctrinc, Clarendon press, 1991.

Lando, ole, Beale Hugh, Principles of European contract law, Kluwer law International, 2000.

Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angw, The German Law of Contract, Hart publishing 2006.

Marsh. Peter, Comparative Contract Law, England, France, Germany, Gower, 1994.

Rayner, S.E., The Theory of Contracts in Islamic Law, London, 1991.

Pothier, Traite du Contract de Vent, part ll, ch, p. 251.

Robyn L. meadows,"Unconscionability as a Contract Policing Device for the Elder Client: How useful is it?"Akron Law Review, no 38, 2005.

Schacht, J, Introduction to Islamic Law, oxford, 1964.

Seana Valentine Shiffrin, Paternalism,"Unconscionability Doctrine and Accommodation", Philosophy and Public Affairs, vol 29, no 3, 2000.

Von Mehren and Gordley, The Civil Law System, 2 nd, little Brown and Co, Boston 1977.

Zimmermann, Reinhardt, The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition, Juta, Cape Town, 1990.